

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3134/2007

ATAS/508/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 30 avril 2008

En la cause

Monsieur L_____, domicilié à MONTAGNOLA

recourant

contre

FONDATION DE PREVOYANCE EN FAVEUR DU
PERSONNEL DU GROUPE MERRILL LYNCH, sise rue des
Contamines 18, GENEVE, comparant avec élection de domicile en
l'étude de Maître Michèle WASSMER

intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOURQUIN et Olivier LEVY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur L _____ (ci-après : l'assuré ou le demandeur), a travaillé au service de MERRILL LYNCH INTERNATIONAL INCORPORATED du 1^{er} avril 1959 au 30 avril 1995, date de sa retraite anticipée. A ce titre, il était affilié auprès de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel du Groupe MERRILL LYNCH en Suisse (ci-après : la Fondation).
2. En décembre 1992, il a reçu l'avance d'un bonus de 212'240 fr. qui a été intégré au salaire de l'année 1993 dans le but d'anticiper un changement législatif aux Etats-Unis.
3. Sur demande de l'assuré, le chef du personnel lui a communiqué, par lettre du 12 septembre 1994, qu'en cas de retraite à 60 ans, sa pension s'élèverait à 367'977 fr. 75 par an et que ce montant était fondé sur la moyenne du salaire annuel des cinq meilleures années consécutives précédant le début du droit à la prestation.
4. Dès le 1^{er} mai 1995, la Fondation lui a versé une rente annuelle de vieillesse de 367'978 fr. ce qui a donné lieu à plusieurs échanges de correspondance entre l'assuré, l'employeur et l'assureur, quant à la question de la prise en compte du bonus dans le salaire déterminant de l'année 1992. Par lettre du 19 septembre 1995, la Fondation a mis un terme aux dits échanges en déclarant qu'elle n'entrerait pas en matière sur de nouvelles prétentions.
5. Le 30 juin 2003, l'assuré a demandé à la Fondation une indexation de sa pension.
6. Dans une lettre du 15 janvier 2004, il a rappelé à la Fondation qu'il contestait la manière dont son salaire déterminant avait été fixé pour l'année 1992 et a demandé une pension annuelle plus élevée.
7. Par courriers des 20 février et 19 mars 2004, la Fondation a refusé d'y donner suite.
8. Le 26 mars 2004, l'assuré a déposé devant le Tribunal de céans une demande contre la Fondation tendant à la prise en compte du bonus versé en décembre 1992 dans le salaire déterminant pour l'année 1992 et à l'indexation de sa rente de vieillesse à l'évolution des prix (cause A/644/2004).
9. Par arrêt du 5 juillet 2005 (ATAS/598/2005), le Tribunal a partiellement admis la demande. Il a jugé que le bonus avait été payé par l'employeur, en 1992, pour des raisons qui lui étaient propres et qu'il devait, par conséquent, être intégré au salaire de l'année 1992 mais que l'action se prescrivait par cinq ans depuis le

dépôt de la demande de sorte que l'assuré ne pouvait prétendre à la rectification du montant de sa rente annuelle qu'à compter de mars 1999. En revanche, il a rejeté les conclusions relatives à l'indexation de cette dernière au motif que la décision du Conseil de Fondation d'indexer les rentes annuelles inférieures au salaire maximum assuré par l'assurance-chômage était conforme à la législation et que, dans la mesure où la rente dont bénéficiait l'assuré dépassait sensiblement le gain assuré maximum, elle n'avait pas à être indexée. En outre, le Tribunal a constaté que, dans le calcul du salaire pour les cinq meilleures années consécutives, il existait une différence de montant pour l'année 1991 dès lors que l'assuré mentionnait 572'650 fr. et la Fondation 562'932 fr., mais que celui-ci ne contestait pas le montant retenu par cette dernière.

10. Dans le cadre de la procédure de recours de droit administratif que la Fondation a introduit, le 7 septembre 2005, auprès du Tribunal fédéral des assurances (ci-après : TFA), l'assuré a demandé le remboursement de ses frais d'avocat engagés avant sa demande en justice et, en cas de confirmation du jugement cantonal, le versement d'intérêts sur les prestations arriérées auxquelles il avait droit.
11. Dans son arrêt du 26 janvier 2007 (B 96/05), le TFA a rejeté le recours et a confirmé le jugement cantonal. S'agissant des conclusions de l'assuré, il a constaté, d'une part, que la question des intérêts moratoires ne faisait pas l'objet du jugement cantonal et que l'assuré n'avait pas interjeté de recours contre ce jugement, d'autre part que celle du remboursement des honoraires d'avocat ne trouvait pas son fondement dans le droit de la prévoyance professionnelle et ne saurait dès lors être portée devant le juge connaissant des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit.
12. Le 16 avril 2007, à la suite de la confirmation du jugement cantonal par le TFA, l'assuré a demandé à la Fondation de lui verser le montant de 171'462 fr. correspondant à raison de 89'150 fr., aux prestations de mars 1999 à juin 2007 tenant compte du bonus pour l'année 1992, à raison de 18'761 fr., aux intérêts 5 % pour la même période, à raison de 41'900 fr., aux prestations de 1995 à février 1999, enfin, à raison de 21'651 fr., aux intérêts 5 % pour cette période.
13. Le 17 avril 2007, la Fondation a confirmé qu'elle recalculerait le montant de sa pension mais que, pour la période précédant mars 1999, aussi bien le Tribunal cantonal que le TFA avaient confirmé la prescription de ses prétentions.
14. Le 19 avril 2007, l'assuré a contesté que le TFA aurait confirmé la prescription des prétentions antérieures à mars 1999.
15. Le 19 juin 2007, la Fondation a confirmé à l'assuré qu'elle lui verserait un montant de 45'498 fr. 75 pour le rattrapage de sa rente du 1^{er} mars 1999 au 30 juin 2007. En outre, elle l'a informé que sa rente annuelle passerait à 373'437 fr. 65 dès le 1^{er} juillet 2007 à la suite de son adaptation au renchérissement.

16. Le 20 juin 2007, l'assuré a contesté le calcul de la Fondation. Il a exposé que son revenu total en 1991 était de 572'650 fr. et que la moyenne de ses revenus totaux de 1988 à 1992 était de 738'627 fr. desquels il convenait de déduire la coordination AVS de 11'280 fr. ce qui donnait un montant de 727'347 fr. De plus, conformément aux statuts, il y avait lieu d'appliquer à ce montant un facteur de 1.75 % multiplié par le nombre d'années et de mois d'affiliation, à savoir 35.333 correspondant à 35 années d'assurance plus quatre mois, un coefficient de 85 % pour prendre en considération la réduction due à la retraite anticipée (5 x 3 %).
17. Le 28 juin 2007, la Fondation a expliqué qu'elle avait pris en compte pour l'année 1991 un montant de 562'932 fr. et non pas de 572'650 fr. au motif que, dans son arrêt, le Tribunal cantonal avait jugé que l'assuré n'avait pas contesté le montant qu'elle avait mentionné pour cette année. S'agissant de l'année 1992, elle a indiqué avoir pris en considération un montant de 1'169'038 fr. correspondant au revenu de 956'798 fr. auquel il fallait ajouter le bonus de 212'240 fr. En outre, elle a précisé qu'il avait été affilié à partir du 1^{er} mai 1960 et avait quitté la Fondation le 1^{er} mai 1995 de sorte qu'il fallait tenir compte de 35 années d'affiliation et non pas de 35 ans plus quatre mois. Elle a joint à son courrier une annexe explicative de MERSER HUMAN RESOURCE CONSULTING SA exposant que l'assuré était entré dans le plan de pension le 1^{er} mai 1960 de sorte que la rente annuelle rectifiée s'élevait à 373'437 fr. 65 et que, selon la décision du TFA du 26 janvier 2007, il n'avait pas droit à des intérêts de retard.
18. Par demande du 2 août 2007, l'assuré a saisi le Tribunal de céans. Il a conclu à la confirmation que les bases de calcul de sa pension reposaient sur les attestations annuelles de la Fondation qu'il produisait, qu'il avait été admis au plan de prévoyance dès le 1^{er} janvier 1960 et qu'il avait droit au paiement rectifié de sa rente dès le 1^{er} mai 1995 ainsi qu'à des intérêts 5 %. Il a également conclu à la prise en charge de ses frais d'avocat à raison de 24'014 fr. 35 et à l'octroi d'un tort moral de 25'000 fr. Il a allégué qu'au moment de sa retraite, un comptable de son ancien employeur, qui n'avait aucune relation avec la défenderesse, avait modifié les chiffres des attestations annuelles. Il a soutenu que la défenderesse devait payer la différence de prestations à partir du 1^{er} mai 1995 dès lors qu'elle avait à sa disposition les fonds dès cette date.
19. Dans un complément du 25 août 2007, le demandeur a allégué qu'il était entré au service de MERRILL LYNCH le 1^{er} mai 1959 et non pas le 1^{er} mai 1960 de sorte qu'il avait été admis dans le plan de prévoyance dès le 1^{er} janvier 1960. En outre, il a soutenu, notamment, que même si l'arrêt du 5 juillet 2005 était clair (ATAS/598/2005), cela n'excluait, toutefois, pas une décision de la défenderesse de payer l'arriéré à partir du 1^{er} mai 1995.
20. Dans sa réponse du 18 septembre 2007, la défenderesse a conclu, sous suite de dépens, à l'irrecevabilité de la demande s'agissant du versement de prestations

arriérées à compter du 1^{er} mai 1995, des intérêts moratoires de 5 % sur les prestations arriérées, du remboursement des frais d'avocat et de l'allocation d'une somme à titre de tort moral, ainsi qu'au rejet de la demande pour le surplus. Elle a relevé que, dans le cadre de la procédure A/644/2004, le demandeur n'avait contesté ni la différence pour l'année 1991 entre le montant de 562'932 fr. qu'elle retenait et celui de 572'650 fr. qu'il mentionnait, ni le salaire annuel de 956'798 fr. sans bonus qu'elle invoquait pour l'année 1992 de sorte que son silence à ce sujet devait être pris pour un aveu et que, partant, ces chiffres devaient être tenus pour établis. Quant à l'admission du demandeur au plan de prévoyance, la défenderesse a indiqué que, selon son règlement actuellement en vigueur, pour les prestations de retraite, les employés de l'entreprise y étaient admis dès leur entrée en service, mais au plus tôt dès le 1^{er} janvier suivant leur 21^e anniversaire, à savoir dans le cas du demandeur, dès son entrée en service le 1^{er} mai 1960 à l'âge de 25 ans révolus ce qui correspondait à 35 années de service. Elle a considéré que les questions de la prescription des prestations arriérées antérieures au 1^{er} mars 1999, du versement d'intérêts moratoires et du remboursement des frais d'avocat revêtaient l'autorité de la chose jugée puisque la première avait déjà fait l'objet de l'arrêt cantonal contre lequel le demandeur n'avait pas recouru, alors que pour la seconde et la troisième le demandeur avait fait valoir ces griefs pour la première fois dans sa réponse au recours déposé devant le TFA et que ce dernier avait définitivement tranché ces questions en déclarant ses conclusions irrecevables. S'agissant de la prétention en réparation du tort moral, elle a exposé qu'il ne s'agissait pas d'une question spécifique à la prévoyance professionnelle au sens étroit ou au sens large de sorte que le Tribunal de céans n'était pas compétent, « ratione materiae », pour trancher cette contestation.

21. Dans sa réplique du 29 septembre 2007, le demandeur a allégué qu'il ne s'était jamais déclaré d'accord avec les chiffres avancés par son employeur comme base de calcul de la pension et qu'il n'était pas entré au service de celui-ci le 1^{er} mai 1960, mais bien le 1^{er} avril 1959 de sorte que, selon le règlement invoqué par la défenderesse, il aurait droit à 36 ans et un mois de service. Au sujet des intérêts moratoires, il a soutenu qu'aucun jugement n'avait jamais été prononcé sur cette question et que s'il n'avait pas soulevé cette question auparavant cela ne lui interdisait pas de le faire aujourd'hui. Quant à l'indemnité pour tort moral, il a expliqué qu'à la suite de sa retraite forcée en 1994 et des longues discussions avec la défenderesse concernant le montant de sa pension, il avait dû consulter un psychiatre auprès duquel il avait été en traitement pendant deux ans à Zurich et qu'il avait dû se rendre deux fois par semaine de Lugano à Zurich pour être traité dans sa langue maternelle.
22. Dans sa duplique du 23 octobre 2007, la défenderesse a confirmé ses conclusions précédentes. Elle a admis que le demandeur avait travaillé au service de MERRILL LYNCH à partir du 1^{er} avril 1959 et que son règlement, daté du 1^{er} février 1979 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1978, prévoyait l'admission dans

le plan de prévoyance de tous les employés de l'entreprise ayant 25 ans révolus et ayant accompli une année de service, soit, dans son cas, dès le 1^{er} mai 1960 puisqu'il avait accompli sa première année de service, le 1^{er} avril 1960, et qu'il avait eu 25 ans révolus, le 26 avril 1960.

23. Dans une écriture du 30 octobre 2007, le demandeur a précisé que, selon le règlement de la défenderesse du 1^{er} janvier 1990, seul applicable à la pension litigieuse, tous les employés de l'entreprise étaient admis dans le plan de prévoyance dès leur entrée en service mais au plus tôt dès le 1^{er} janvier précédant leur 25^e anniversaire, soit, dans son cas, dès le 1^{er} janvier 1960.
24. Le 7 novembre 2007, la défenderesse a demandé au Tribunal d'écarter la dernière écriture du demandeur au motif que la loi ne permettait pas un troisième échange d'écriture.
25. Le 28 novembre 2007, le Tribunal a procédé à une comparution personnelle des parties. Lors de son audition, le demandeur a confirmé sa position sur tous les points de sa demande. Il a déclaré que si la défenderesse avait mal calculé ses rentes depuis le 1^{er} mars 1999, elle les avait aussi mal calculées depuis le 1^{er} mai 1995, date de sa retraite, de sorte qu'il demandait à la défenderesse de faire abstraction de la prescription, tout en reconnaissant que la question avait déjà été tranchée précédemment. Au sujet du calcul de sa rente de vieillesse, il a soutenu que la défenderesse avait toujours communiqué des chiffres corrects mais qu'au moment du calcul, elle avait repris les chiffres erronés du comptable à Londres de son ancien employeur qui avait été mis à la porte quelques mois plus tard pour incompetence. Il a allégué que, pour l'année 1992, la défenderesse avait déjà inclus le bonus dans ses chiffres. Pour sa part, la défenderesse a précisé que les chiffres qu'elle avait retenus avaient toujours été les mêmes, mis à part le bonus pour l'année 1992, et qu'elle avait déjà discuté tous ces chiffres avec le demandeur en 1994, avant son départ à la retraite. Elle a produit dans la procédure un accord datant de 1994 passé entre le demandeur et son ancien employeur. Au sujet de la date d'affiliation, elle a confirmé que le règlement en vigueur à l'époque prévoyait une affiliation dès 25 ans révolus et après une année de service. Pour sa part, le demandeur a allégué que le règlement du 1^{er} février 1979 avait été abrogé et remplacé par celui du 1^{er} janvier 1990. La défenderesse a précisé que la date d'affiliation ne pouvait pas être modifiée pour les personnes déjà affiliées avant le nouveau règlement, sans rachat de cotisations, ainsi que cela avait déjà été indiqué au demandeur par courrier du 23 mai 1995 qu'elle produisait dans la procédure. Le demandeur a soutenu que personne ne lui avait demandé de racheter des cotisations. Les parties ont persisté dans leurs précédentes conclusions et le Tribunal a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. b de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (article 331 à 331e du code des obligations ; articles 52, 56a, alinéa 1, et article 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP); article 142 code civil).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La nouvelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (1^{ère} révision) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} avril 2004 et au 1^{er} janvier 2006; RO 2004 1700), entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de la prévoyance professionnelle (RO 2004 1677). Etant donné que les faits déterminants se sont réalisés pour partie avant et après l'entrée en vigueur de la nouvelle, l'ancien droit est applicable jusqu'au 31 décembre 2004 et le nouveau droit dès cette date (ATF 126 V 136 consid. 4b et les références).
3. Dans le cadre de contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, la compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est doublement définie. Elle l'est, tout d'abord, quant à la nature du litige : il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 125 V 168 consid. 2, 122 V 323 consid. 2b et les références).

Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, à savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayants droit (ATF 128 V 254 consid. 2a).

En l'espèce, le litige a trait à la quotité de la rente versée par l'institution de prévoyance, à l'octroi d'intérêts moratoires sur l'arriéré des prestations, au remboursement des honoraires d'avocat précédant la procédure judiciaire et à l'octroi d'une indemnité pour tort moral. Seules les deux premières questions ont un fondement dans le droit de la prévoyance professionnelle. En effet, tant la question des honoraires d'avocat précédant la procédure judiciaire que celle du tort

moral ne trouvent pas de fondement dans le droit de la prévoyance professionnelle ainsi que le TFA a déjà eu l'occasion de le juger dans son arrêt du 26 janvier 2007 concernant les mêmes parties (B 96/05, consid. 6) pour les honoraires d'avocat et dans divers arrêts pour le tort moral (ATF 120 V 6 consid. 3c ; ATFA non publié du 6 février 2001, B 3/00).

Par conséquent, les conclusions relatives aux honoraires d'avocat précédant la procédure judiciaire et à l'indemnité pour tort moral sont irrecevables pour défaut de compétence du Tribunal de céans (ATF 122 V 320 consid. 5).

L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (SPIRA, *Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale*, Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1984, p. 19). Les prétentions qu'un affilié fonde sur la LPP ou sur le règlement de l'institution de la prévoyance ne peuvent s'éteindre par suite de l'écoulement du temps qu'en raison de la prescription.

Le for de l'action est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP). En l'espèce, le siège de la défenderesse pour la Suisse se trouve à Genève. La compétence « *ratione materiae et loci* » du Tribunal de céans est ainsi établie.

4. Le litige de la compétence du Tribunal de céans porte sur la quotité de la rente de vieillesse, les intérêts moratoires dus sur l'arriéré de prestations et les prestations antérieures au 1^{er} mai 1995.
5. Il y a autorité de chose jugée, du point de vue matériel, aussi longtemps que le litige a le même objet que celui sur lequel s'est déjà prononcé l'autorité judiciaire par un jugement passé en force. On ne saurait cependant parler d'identité de l'objet du litige, lorsque l'assuré fait valoir une modification ultérieure des faits par rapport au prononcé du jugement ou lorsqu'est entrée en vigueur une modification du droit qui justifie une appréciation juridique différente de la situation (ATF 98 V 174 consid. 2 p. 178). Ce principe se résume par l'adage latin « *ne bis in idem* » : les mêmes parties ne peuvent pas remettre en cause devant quelque juridiction que ce soit un litige tranché par l'autorité compétente avec force de chose jugée. Il a pour but d'assurer la sécurité du droit en empêchant que la régularité d'un acte constatée sur recours ou action soit indéfiniment remise en question et, partant, que le même contrôle soit mis en œuvre indéfiniment (MOOR, *Droit administratif*, volume II, Berne 2002, p. 324).

Selon l'art. 38 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ; abrogée au 1^{er} janvier 2007) applicable en vertu de l'art. 132 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), les arrêts du TFA passent en force de chose jugée dès qu'ils ont été prononcés. Il s'ensuit que lorsqu'une question a été tranchée par le TFA, celle-ci ne peut pas être posée à nouveau dans la même cause; en cas de

nouveau recours, le Tribunal est lui-même lié par sa première décision (ATF 121 III 474 consid. 4a).

En matière de prévoyance professionnelle, le juge saisi d'une action doit se prononcer sur l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation dont une partie prétend être titulaire contre l'autre partie (ATFA non publié du 17 janvier 2007, B 91/05, consid. 2.1). L'objet du litige devant la juridiction cantonale est déterminé par les conclusions de la demande introduite par l'assuré (ATFA non publié du 31 janvier 2006, B 72/04, consid. 1.1). C'est ainsi la partie qui déclenche l'ouverture de la procédure et détermine l'objet du litige (maxime de disposition). L'état de fait doit être établi d'office selon l'art. 73 al. 2 LPP seulement dans le cadre de l'objet du litige déterminé par la partie demanderesse. La maxime inquisitoire ne permet pas d'étendre l'objet du litige à des questions qui ne sont pas invoquées (ATF 129 V 450 consid. 3.2). Le juge n'est toutefois pas lié par les conclusions des parties; il peut ainsi adjuger plus ou moins que demandé à condition de respecter leur droit d'être entendu (ATFA non publié du 30 décembre 2003, B 59/03, consid. 4.1).

Lorsque le jugement cantonal est attaqué par un recours de droit administratif au TFA, il se change en décision au sens de l'art. 97 OJ en liaison avec l'art. 98 let. g OJ et il devient l'objet de la contestation en instance fédérale (ATF 129 V 452 consid. 3.2). L'objet du litige en instance fédérale peut tout au plus porter sur ce que le Tribunal cantonal a jugé. Dès lors, une extension de procédure à des questions juridiques qui n'ont pas été tranchées par le Tribunal cantonal dans le cadre de la demande n'entre pas en considération (MEYER-BLASER, Streitgegenstand im Streit - Erläuterungen zu BGE 125 V 413, in : Schaffhauser/Schlauri [édit.], Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St.-Gall 2001, p. 9 ss, p. 38). En revanche, l'objet du litige peut être restreint si le jugement cantonal est partiellement entré en force (ATF 122 V 356 consid. 4b et 119 V consid. 1b). En instance fédérale, la partie qui n'a pas interjeté un recours de droit administratif dans le délai légal ne peut que proposer l'irrecevabilité ou le rejet du recours formé par la partie adverse. Elle n'a plus la faculté de prendre des conclusions indépendantes (ATF 124 V 155 consid. 1, 114 V 245 consid. 4 et les références) et ses requêtes sont en principe sans influence sur l'objet du litige. Dans la procédure de recours concernant l'octroi ou le refus de prestations d'assurance (art. 132 let. c OJ), dans la mesure où il s'agit de violation du droit fédéral ou de constatation inexacte ou incomplète des faits (art. 104 let. a et b et 105 al. 2 OJ), le Tribunal fédéral n'est pas lié par l'état de fait constaté par la juridiction cantonale et peut prendre en considération de telles requêtes (ATF 106 V 247).

6. Dans sa demande du 30 mars 2004 (A/644/2004), l'assuré a demandé au Tribunal de céans d'examiner, d'une part, ses réclamations visant à inclure la gratification d'un montant de 212'240 fr., versée en 1992, dans le salaire annuel 1992 faisant partie de la base de calcul de sa rente de vieillesse, d'autre part, l'indexation de sa

rente. Par conséquent, l'objet du litige était la base de calcul de ladite rente et son indexation.

Dans son arrêt du 5 juillet 2005 (ATAS/598/2005), le Tribunal de céans a examiné le montant de la rente annuelle de vieillesse due au demandeur depuis sa retraite, à savoir dès le 1^{er} mai 1995, en se fondant sur le règlement de la défenderesse et sur les salaires 1992 et 1993, seuls litigieux. En effet, il a précisé que la question du bonus versé en 1992, mais comptabilisé en 1993, était seule litigieuse au motif que, bien qu'il existait une différence de montant pour le salaire de l'année 1991 entre les calculs de la Fondation et de l'assuré, ce dernier ne contestait pas les chiffres de la défenderesse. Le Tribunal de céans a jugé que le bonus versé en 1992 devait être intégré au salaire de l'année 1992, que les prétentions du demandeur étaient prescrites pour la période antérieure au 1^{er} mars 1999 en vertu de l'art. 41 LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004), respectivement que le demandeur ne pouvait prétendre à la rectification de sa rente annuelle qu'à compter de cette date, enfin, que sa rente de vieillesse n'avait pas été indexée par la Fondation, à juste titre. Il a admis partiellement la demande en ce sens que la rente due devait être rectifiée au sens des considérants à compter de mars 1999.

Dans son recours devant le TFA, la Fondation n'a pas remis en cause la prescription du complément de prestations antérieur au 1^{er} mars 1999. Pour sa part, l'assuré n'a pas recouru contre le jugement cantonal. Par conséquent, il n'a critiqué ni l'interprétation qu'a faite le Tribunal de céans en considérant que seuls les salaires des années 1992 et 1993 étaient litigieux, ni l'absence de condamnation de la défenderesse au versement d'intérêts moratoires sur l'arriéré de prestations. En revanche dans sa réponse au recours, il a pris des conclusions en condamnation de la Fondation à la prise en charge de ses honoraires d'avocat et au versement d'intérêts moratoires sur l'arriéré de prestations.

Etant donné que le recours devant le TFA s'est limité à la question de la prise en compte du bonus versé à la fin de l'année 1992 dans le salaire annuel de l'année 1992, à savoir au calcul de la rente, le jugement cantonal est partiellement entré en force sur les questions de la prescription et des intérêts moratoires qui ont été tranchées définitivement par le Tribunal de céans (ATF 122 V 356 consid. 4b et 119 V 350 consid. 1b). S'agissant de la prescription des prestations antérieures au 1^{er} mars 1999, le demandeur reconnaît que le Tribunal de céans s'est prononcé à ce sujet, mais estime que la défenderesse dispose des fonds nécessaires depuis le 1^{er} mai 1995 et que son conseil de Fondation n'a qu'à simplement décider de lui verser les prestations prescrites. Le demandeur semble n'avoir pas compris que, dans la mesure où il n'a aucun droit à ce sujet, la défenderesse n'a pas d'obligation de procéder de cette façon et que, faute de droit, il ne peut pas se plaindre en justice.

Enfin, dans son arrêt du 26 janvier 2007 consécutif au recours de droit administratif formé par la Fondation, la Haute Cour a confirmé que l'intégration du bonus dans

le salaire annuel de 1992 admise par la juridiction cantonale n'était pas critiquable. De plus, elle n'est pas entrée en matière sur la question des intérêts moratoires et du remboursement des honoraires d'avocat encourus par l'assuré avant l'introduction de son action en justice. En définitive, elle a confirmé le jugement cantonal.

Par conséquent, l'autorité de chose jugée (matérielle Rechtskraft) dont est revêtu l'arrêt du 5 juillet 2005 (ATAS/598/2005) signifie qu'il est obligatoire et ne peut plus être remis en question ni par les parties, ni par les autorités judiciaires (ATFA non publié du 23 janvier 2008, 9C_346/2007, consid. 4.2).

7. En l'espèce, le présent litige oppose les mêmes parties et porte sur le montant de la rente annuelle de vieillesse due au demandeur depuis le 1^{er} mai 1995. Etant donné que, dans la procédure cantonale précédente de 2004 (A/644/2004), l'objet du litige était le calcul de la rente de vieillesse, force est de constater qu'en contestant le salaire annuel de 1991 et la date du début de l'affiliation, soit des éléments déterminants pour établir le montant de la rente de vieillesse, les prétentions actuelles du demandeur sont identiques à celles qui ont fait l'objet du jugement précédent. En effet, dans son arrêt du 5 juillet 2005 (ATAS/598/2005), le Tribunal de céans n'a pas critiqué les divers autres éléments de calcul de la rente annuelle, notamment le salaire de l'année 1991 retenu par la Fondation et la date du début de l'affiliation, bien qu'il s'agissait d'éléments déterminants pour le calcul de la rente et donc faisant partie de l'objet du litige.

Par conséquent, il y a identité de l'objet du litige de sorte que l'autorité de chose jugée de l'arrêt du 5 juillet 2005 (ATAS/598/2005) vaut pour la présente contestation puisque ni les faits, ni le droit ne se sont modifiés depuis son prononcé (ATF 98 V 174 consid. 2 p. 178). En effet, la défenderesse a ajouté le montant de 212'240 fr. au salaire annuel de 1992 de 956'798 fr. en le fixant à 1'169'038 fr., soit en procédant à une adaptation qui correspond en tous points aux considérants dudit arrêt.

En définitive, eu égard à l'autorité de chose jugée dont est revêtu l'arrêt du 5 juillet 2005 (ATAS/598/2005), le demandeur ne peut pas saisir le Tribunal de céans à nouveau sur les mêmes questions (ATF non publié du 28 juin 2004, 1A.123/2004, consid. 3) de sorte que sa demande est irrecevable.

8. La défenderesse prétend à l'octroi de dépens.

Selon la réglementation légale et la jurisprudence, les assureurs sociaux qui obtiennent gain de cause devant une juridiction de première instance n'ont pas droit à une indemnité de dépens, sauf en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère par l'assuré; cela vaut également pour les actions en matière de prévoyance professionnelle (ATF 126 V 149 consid. 4; cf. également art. 73 al. 2 LPP).

Agit par témérité ou légèreté la partie qui sait ou qui devait savoir en faisant preuve de l'attention normalement exigible que les faits évoqués à l'appui de ses

conclusions ne sont pas conformes à la vérité. La témérité doit en outre être admise lorsqu'une partie soutient jusque devant l'autorité de recours un point de vue manifestement contraire à la loi. En revanche, une partie n'agit pas par témérité ou par légèreté lorsqu'elle requiert du juge qu'il se prononce sur un point de vue déterminé qui n'apparaît pas d'emblée insoutenable (ATF 124 V 287 consid. 3b).

En l'espèce, le comportement du demandeur est à la limite de la témérité. Toutefois, il y a lieu de tenir compte qu'il agit seul, sans être représenté, et que le principe de l'autorité de chose jugée dont est revêtue un jugement n'est pas une notion juridique facile à comprendre pour un profane. Par conséquent, il n'y a pas lieu de le condamner à verser des dépens à la défenderesse.

9. Compte tenu de ce qui précède, la demande doit être déclarée irrecevable. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP et art. 89H al. 3 LPA).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

1. Déclare la demande irrecevable.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le